

Discapacidad sobrevenida y exclusión sociolaboral: una correlación precisada de urgentes vías de corrección

Manuel García Jiménez

*Profesor titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Universidad de Jaén*

Extracto

La discapacidad sobrevenida en la actualidad, y a la vista de los datos y estadísticas oficiales referidos al mercado de trabajo, se convierte, sin lugar a dudas, en un factor de expulsión y/o exclusión de la persona trabajadora que se encuentra en tal situación. Y ello no solo se produce respecto de la previa relación de trabajo que mantenía, sino incluso del propio mercado de trabajo, deviniendo las personas con discapacidad sobrevenida en un nuevo colectivo con especial vulnerabilidad sociolaboral. A esta situación contribuye tanto la actual remercantilización de las condiciones de vida y de trabajo, primando la utilidad o la ganancia por encima de los derechos fundamentales de índole social, como también las carencias y contradicciones del sistema jurídico.

Frente a esta realidad, nos encontramos con el hecho de que ni la legislación ni las políticas públicas suelen atender de una forma específica a tal problemática, lo que contrasta con que exista una creciente concienciación sociosindical de la particularidad y la gravedad de tal situación de exclusión-vulnerabilidad sociolaboral.

Diversas deben ser las vías de corrección de esta grave anomalía de nuestro mercado de trabajo y del propio sistema jurídico laboral, destacándose, en este punto, la negociación colectiva como una herramienta clave para afrontar este reto en pos de la igualdad y no discriminación de las personas trabajadoras con discapacidad.

Palabras clave: discapacidad; exclusión; despido; negociación colectiva.

Fecha de entrada: 18-03-2020 / Fecha de revisión: 20-04-2020 / Fecha de aceptación: 20-04-2020

Cómo citar: García Jiménez, M. (2020). Discapacidad sobrevenida y exclusión sociolaboral: una correlación precisada de urgentes vías de corrección. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 31-55.



Supervening disability and socio-labor exclusion: a correlation way unspecified urgent correction

Manuel García Jiménez

Abstract

Disability currently occurring, and in view of the official data and statistics referring to the labor market, becomes, without a doubt, a factor of expulsion and/or exclusion of the working person who is in such a situation. And this not only occurs with respect to the previous employment relationship that was maintained, but even the labor market itself, becoming persons with disabilities that have become a new group with special socio-occupational vulnerability. The current re-commodification of living and working conditions contributes to this situation, prioritizing profit or profit over fundamental rights of a social nature, as well as the shortcomings and contradictions of the legal system.

Faced with this reality, we find the fact that neither legislation nor public policies tend to deal specifically with such problems, which contrasts with the fact that there is a growing socio-union awareness of the particularity and seriousness of such socio-labor exclusion-vulnerability situation.

There must be various ways to correct this serious anomaly in our labor market and in the labor legal system itself, highlighting, at this point, collective bargaining as a key tool to face this challenge in pursuit of equality and non-discrimination of disabled workers.

Keywords: disability; exclusion; dismissal; collective bargaining.

Citation: García Jiménez, M. (2020). Supervening disability and socio-labor exclusion: a correlation way unspecified urgent correction. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 31-55.





Sumario

1. Introducción
2. Factores causantes de la exclusión sociolaboral: las «dobles fracturas» en el trato de las personas con discapacidad sobrevenida
3. Breve aproximación conceptual, normativa y jurisprudencial a la discapacidad sobrevenida
4. Empleo de las personas con discapacidad sobrevenida y el principio de igualdad efectiva: la negociación colectiva como clave para reducir las deficiencias en su efectiva consecución

Referencias bibliográficas

Nota: este estudio trae origen y constituye un desarrollo de parte de las conclusiones alcanzadas en el proyecto de investigación impulsado por UGT-Andalucía y suscrito con diferentes miembros del Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Jaén titulado: «Tratamiento de la discapacidad sobrevenida en los convenios colectivos: recomendaciones a la negociación colectiva».

1. Introducción

Ni la legislación ni las políticas públicas suelen atender de una forma específica la problemática de las llamadas «personas con discapacidad sobrevenida», lo cual no obsta a que exista una creciente concienciación sociosindical de la particularidad y la gravedad de su situación de exclusión-vulnerabilidad sociolaboral en los mercados de trabajo.

Tanto las asociaciones más representativas de este colectivo (por ejemplo, Federación Empresarial Española de Asociaciones de Centros Especiales de Empleo –FEACEM–) como los sindicatos más representativos¹ vienen alertando en los últimos años de las especiales dificultades que tienen las personas con alguna discapacidad sobrevenida para conservar sus empleos, o incluso mantener otros, aun con condiciones inferiores, tras sobrevenirles esta condición limitativa de sus capacidades profesionales, pero no, en modo alguno, impeditiva.

Desde esta perspectiva, se pueden analizar las situaciones ligadas a la discapacidad sobrevenida de forma que las mismas se convierten en una creciente causa de expulsión-exclusión no solo de su previa relación de trabajo, sino incluso del propio mercado de trabajo, deviniendo las personas con discapacidad sobrevenida en un nuevo grupo de personas con especial vulnerabilidad sociolaboral. A lo cual contribuiría no solo la actual remercantilización de las condiciones de vida y de trabajo, que prima la utilidad o la ganancia por encima de los derechos fundamentales de índole social, sino también las carencias y contradicciones del sistema jurídico.

Por eso, no puede sorprender que crezca la solicitud de acciones específicas para garantizar un trato equitativo, esto es, de garantía del derecho a la igualdad de trato y no discriminación de las personas con discapacidad sobrevenida en los mercados de trabajo². Este reclamo –correcto, coherente y justo– tiene como principal destinatario tanto al legislador, llamado a realizar los ajustes necesarios en un sistema muy complejo y descoordinado, cuanto las políticas públicas, activas y de protección social, a fin de facilitar

¹ De gran interés el estudio UGT (2018).

² <<https://www.elboletin.com/noticia/156260/nacional/quien-tiene-una-discapacidad-sobrevenida-es-expulsado-del-mercado-laboral-o-tiene-dificultad-para-mantener-su-empleo.html>>.

la seguridad laboral de estas personas. Pero también la sociedad civil debe implicarse, descollando en este sentido el especial relieve que deben tener en esta materia las empresas. Y, en este último ámbito, diferentes pueden ser los mecanismos más adecuados para acometer y afrontar esta labor, discurriendo desde las acciones y las técnicas propias de la responsabilidad social, hasta la que, a nuestro juicio, puede constituir la vía preferente de acción: la negociación colectiva.

Así, el análisis de las previsiones convencionales sobre esta cuestión, y con ello la identificación de aquellas buenas prácticas que puedan extenderse a los convenios colectivos, debe valorarse como un elemento crucial para identificar cuáles son los derroteros por los que discurren los procesos de negociación y así arbitrar medidas que superen la regulación legal de estas situaciones, en buena parte de los casos «traumáticas», en la vida profesional y personal de un trabajador.

Así, más allá de contar con las prestaciones de Seguridad Social ligadas a esta circunstancia, de modo que con las mismas se puede hablar de un efecto reparador –o al menos amortiguador– de la situación en la que pasa a encontrarse el trabajador afectado de la discapacidad, desde nuestro punto de vista, hay que trascender de esta dimensión de previsión social dirigida a subvertir la situación de pérdida de ingresos del trabajador derivada de la pérdida de capacidades psicofísicas y funcionales, pero que no supone, por sí misma, una pérdida de capacidades laborales. Y, en esta línea, habrá que identificar las medidas que puedan y deban ir dirigidas a garantizar el pleno desarrollo de toda una serie de derechos ligados al derecho a un trabajo digno (decente) de este colectivo de trabajadores, siendo la negociación colectiva, y los convenios, un magnífico canal para hacer efectivos tales derechos, amortiguando la tensión reseñada entre los principios de rendimiento y de protección que define la esencia del derecho del trabajo y que queda perfectamente plasmada en las previsiones legales aplicables a los supuestos de ineptitud del trabajador.

2. Factores causantes de la exclusión sociolaboral: las «dobles fracturas» en el trato de las personas con discapacidad sobrevenida

Según datos del último Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad (2019, con datos de 2018), elaborado por el Servicio Público de Empleo Estatal (SEPE, 2019), cabe constatar una relevante contradicción: mientras la población en edad laboral en España continúa con una tendencia bajista, el número de «personas con discapacidad» no deja de aumentar, alcanzando ya el 6,19 % de la población en edad laboral total, la cifra más elevada del periodo. En 2018 se registran 1.860.600, es decir, un 1,08 % más respecto de 2017, aumentando el número de personas activas (651.700 personas con discapacidad, frente a 647.200 a finales del año pasado).

Tabla 1. Panorama ocupacional de las personas con discapacidad

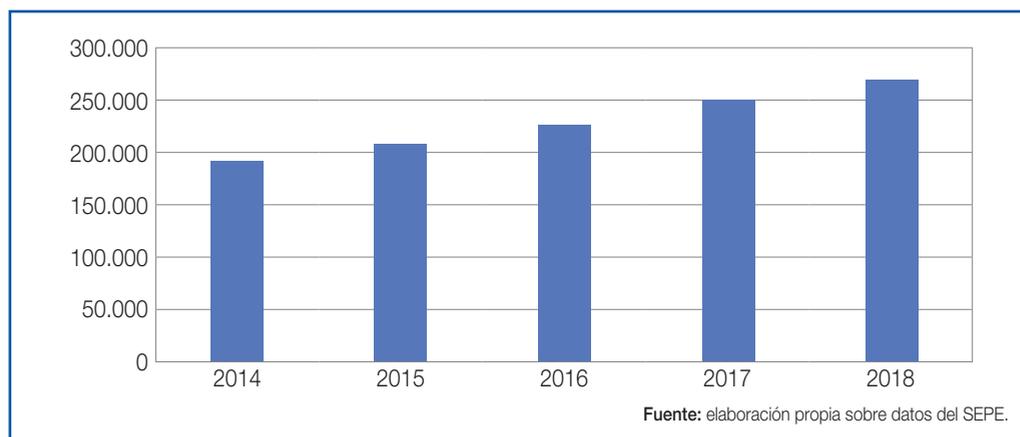
Indicadores básicos	Hombres	Mujeres	Total	% Variación 2018/2017
Personas en edad laboral*	1.069.100	791.400	1.860.600	1,08
Población activa*	375.100	276.700	651.700	0,7
Afiliación de ocupados a la Seguridad Social	162.561	107.175	269.736	7,73
Contratación	208.152	131.039	339.191	9,99
Demandantes de empleo parados	68.302	75.251	143.553	1,6

* Para estos dos indicadores, los datos absolutos corresponden al año 2017 y las variaciones al periodo 2017/2016.

Fuente: SEPE (2019).

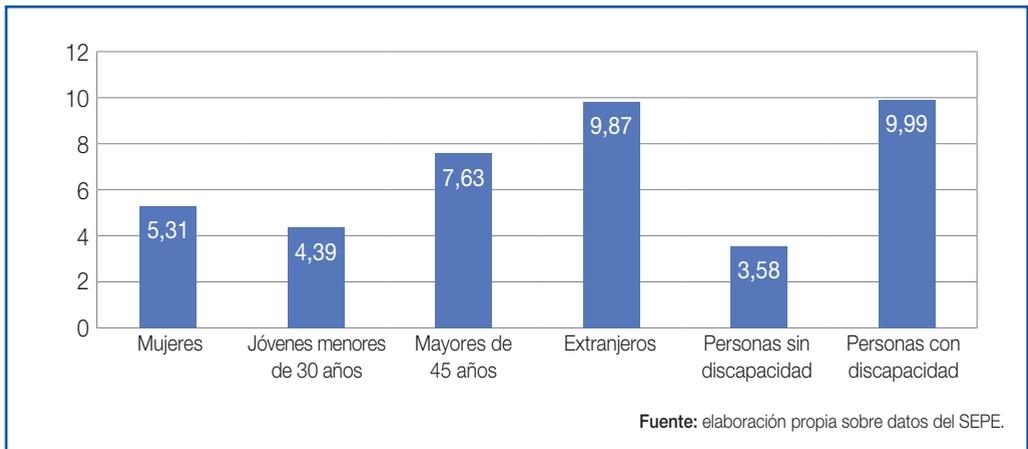
Este dato estadístico económico-laboral positivo vendría acompañado con otros dos datos ocupacionales favorables. Así, el crecimiento de la participación de las personas con discapacidad en el conjunto de la población activa española se complementa, en primer término, con el crecimiento también, por encima de la media, de la contratación de este colectivo (casi un 10% de incremento) y, en segundo lugar, ello ha conllevado, lógicamente, el incremento de su afiliación al sistema de Seguridad Social (casi un 8%).

Gráfico 1. Evolución anual de la afiliación de las personas con discapacidad



De este modo, aunque la inactividad (en torno al 65 %), por un lado, y el paro, propiamente (en torno al 24 %), por otro, siguen siendo dos situaciones (por tanto, estados de riesgo y necesidad) muy prevalentes en las personas con discapacidad respecto del conjunto de la población activa (en torno al 23 % inactiva) y ocupada (en torno al 14 % desempleada) en España, se evidencian significativas mejoras de su situación en el mercado de trabajo. La contratación de las personas con discapacidad ha registrado un incremento de más del 100 % en la última década, frente al algo menos del 20 % de las personas trabajadoras sin discapacidad.

Gráfico 2. Evolución de la contratación de diferentes grupos de interés (en porcentaje)



Por supuesto, no todos los datos son tan halagüeños y se evidencia que el margen de mejora es todavía muy amplio. De un lado, el porcentaje de inactividad sigue siendo todavía muy elevado (así, por comunidades autónomas las diferencias son aún mayores) (UGT, 2018). De otro, el análisis del comportamiento global en relación con el desempleo también sigue resultando mucho más desfavorable en las personas con discapacidad si lo comparamos con los demás «colectivos de interés prioritario» para el empleo. Así lo evidencia la siguiente tabla, siempre conforme a los datos oficiales del citado Informe SEPE (2019).

Tabla 2. Variación interanual (2017/2018) del desempleo en las personas con discapacidad y resto de colectivos de interés prioritario

Colectivos	% Variación 2018/2017
Mujeres	-4,51
Jóvenes menores de 30 años	-6,9



Colectivos	% Variación 2018/2017
▶ Mayores de 45 años	-4,41
Extranjeros	-5,18
Personas sin discapacidad	-6,5
Personas con discapacidad	1,6

Fuente: Observatorio de las Ocupaciones del SEPE a partir de los datos del SISPE. Año 2018.

Finalmente, por no hacer muy larga esta aproximación a la realidad estadística, también es obligado poner de relieve que, como se desprende de estos datos de mercado de trabajo, el desempleo de las personas con discapacidad (originaria) también presenta un marcado sesgo de género, una importante «doble brecha de género y de edad en el desempleo de las personas con discapacidad», generando una notable preocupación, económica y social en general³: su desempleo «tiene rostro de mujer y mayor de 45 años». Con lo que asistimos a una clara «discriminación múltiple», no solo desigualdad de trato, de este colectivo de personas.

Ahora bien, estas estadísticas ocultan otra realidad igualmente preocupante, que parece quedar fuera de los estudios oficiales actuales: el «plus de riesgo (injustificado) de pérdida de empleo» de las personas con «discapacidad sobrevenida». Este problema presenta una dimensión creciente en nuestro desequilibrado mercado. Al respecto, se constata que, cuando la discapacidad (concepto que no se debería confundir con el de incapacidad para trabajar) sobreviene en edad laboral, la tasa o el porcentaje de personas que la padecen, cualquiera que sea la causa –laboral o no–, y que pueden mantener (o reincorporarse) a su trabajo es pírrica: inferior al 0,5 %.

Este especial riesgo de exclusión sociocupacional que padecen en el mercado de trabajo español las personas con discapacidad sobrevenida, integrando un nuevo «grupo de personas especialmente vulnerables sociolaboralmente» (Moreno y Fernández, 2017), trae causa, pues, de los desequilibrios y debilidades de nuestro mercado de trabajo (razones económicas), así como del predominio en el actual sistema económico de la maximización de la utilidad del trabajo y su rentabilidad empresarial (productivismo). Por ello es necesario dar un paso más y resaltar la necesidad de construir un concepto de grupo socialmente

³ <<https://www.eleconomista.es/economia/noticias/10001214/07/19/El-desempleo-de-las-personas-con-discapacidad-tiene-rostro-de-mujer-mayor-de-45-anos-.html>>.

vulnerable en sentido jurídico, a fin de decantar un contenido normativo, y no meramente sociológico, en pos de una mejor y más efectiva garantía de los derechos que habría que reconocerles como tal colectivo con especial riesgo de exclusión y vulnerabilidad –en este sentido, aunque referido a los «refugiados», es muy interesante traer aquí el concepto de grupo vulnerable que define en su estudio Miñarro (2018)–.

Pero no solo las causas de tal riesgo de exclusión se han de ligar en exclusiva a razones de mercado y productivistas. Además, halla causas muy relevantes en las varias deficiencias (lagunas y contradicciones) que, al respecto, presenta nuestro sistema jurídico (razones normativas).

En efecto, de un lado, en los tres planos de la máxima representación normativa del derecho español –constitucional, internacional, comunitario–, se reconoce de forma clara el derecho de las personas con discapacidad, de todas, sin distinciones (por tanto, de las que se adquieren al inicio de la vida o de las que sobrevienen a partir de una edad relativamente temprana de la vida –6 años–), tanto a la no discriminación por motivo de tal condición personal (discapacidad), cuanto a la igualdad efectiva de trato. La Constitución española (CE), pues, no solo reconoce, sino que promueve, cargando sobre los poderes públicos y en el conjunto de la sociedad, el goce de las mismas oportunidades de desarrollo de la personalidad de todos. Así, se escribe con nitidez en el artículo 14 de la CE, en relación con sus artículos 9.2 (igualdad efectiva de todas las personas y grupos, atendiendo a sus diferencias en la práctica) y 10 (protección de la igual dignidad humana de todas las personas, según normas internacionales –aquí Convenio de la ONU sobre derechos de las personas con discapacidad–). Este enfoque de igual participación en todas las esferas de la vida de las personas con discapacidad, que es global, más allá de la protección social (rentas suficientes para la existencia digna), se especifica por el artículo 49 de la CE (aunque utilice un lenguaje inadecuado –«disminuidos»–, urgido de reforma).

El derecho antidiscriminatorio de la Unión Europea refuerza notabilísimamente esta protección, a través tanto de la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, cuanto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En esta se insiste en la necesidad de primar las obligaciones empresariales de adaptaciones razonables de los puestos de trabajo a la discapacidad sobre el despido (Sentencia del TJUE –STJUE– de 11 de abril de 2013, asunto HK Danmark).

Ahora bien, los desarrollos legislativos de estos valores, principios y derechos fundamentales de índole sociolaboral no solo presentan, como se anunciaba, notables carencias para garantizar la protección-integración de las personas con discapacidad en general, y con discapacidad sobrevenida en particular, sino que incluso incurren en varias y flagrantes contradicciones. En este sentido, de un lado, estaría el sector legislativo que recibe para nuestro derecho interno el Convenio de la ONU –ratificado por el conjunto de la Unión Europea–, conformado nuclearmente por el Real Decreto legislativo 1/2013, de 29 de noviembre,

por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (LGDPDIS). Incluye un capítulo VI en su título preliminar destinado a asegurar de forma eficaz, creíble, real, que todas las personas con discapacidad disfruten de su derecho al trabajo «en condiciones que garanticen la aplicación de los principios de igualdad de trato y no discriminación» (art. 35.1 LGDPDIS). Y, por su importancia, y sin perjuicio del análisis más concreto que se hará en el epígrafe cuarto, conviene recordar que el artículo 40 de la LGDPDIS expresamente reconoce y garantiza, por obligación establecida en el artículo 5 de la directiva comunitaria, la obligación empresarial de adoptar medidas para prevenir o compensar las desventajas ocasionadas por la discapacidad como garantía de la plena igualdad en el trabajo.

Ahora bien, al mismo tiempo, la legislación laboral común, cuyo núcleo esencial sigue siendo el Estatuto de los Trabajadores (ET) –sin duda urgido también por este motivo de una profunda reforma modernizadora y garantista–, estaría plagada de preceptos, acuñados años antes de la reforma de la legislación específica de personas con discapacidad, que autorizan lo contrario: la «expulsión» de la relación de trabajo, y con ello del mercado de trabajo, por las dificultades de reinserción, a través de variadas formas de cese. En la actualidad, dos son las vías que redundan en este sentido: de un lado, el artículo 49.1 e), que prevé el cese por «incapacidad permanente», previa declaración administrativa, y sin perjuicio de la garantía de reserva temporal de puesto por 2 años si es susceptible de revisión por mejoría; y, de otro, el artículo 49.1 l) en relación con el artículo 52 a) del ET, que recoge el supuesto de despido por «ineptitud del trabajador sobrevinida a su colocación efectiva en la empresa».

En esta misma línea se inscribía hasta hace relativamente pocas fechas una tercera vía causal extintiva: el tristemente célebre supuesto, y hoy, a nuestro juicio, acertadamente derogado por el Real Decreto-Ley 4/2020, de 18 de febrero, de despido objetivo por absentismo o falta de asistencia al trabajo regulado en el artículo 52 d) del ET. Y decimos que se ha de aplaudir su derogación en tanto que se abrió una evidente brecha garantista en el obligado –constitucionalmente– sistema de protección para con las personas trabajadoras enfermas o que sufran algún tipo de discapacidad, ya que a no otra conclusión podría llegarse con el aval constitucional que vino a otorgársele a tal supuesto extintivo a raíz de la también tristemente famosa Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 118/2019, de 16 de octubre, por la que se entendió que el mismo no era contrario a la CE al no vulnerar ni el derecho a la integridad física (art. 15 CE), ni el derecho al trabajo (art. 35.1 CE), ni el derecho a la protección de la salud (art. 43.1 CE). Ello contrastaba con el entronque que esta vía extintiva contractual tiene con el derecho a la no discriminación por razón de la discapacidad, reconocido por numerosas sentencias del TJUE (principalmente, entre otras, SSTJUE de 18 de enero de 2018 –asunto Ruiz Conejero– o de 11 de septiembre de 2019 –asunto Nobel Plastiques Ibérica–), así como la generación para este colectivo de personas trabajadoras de circunstancias adicionales que conllevan situaciones de vulnerabilidad extrema desde el punto de vista profesional, personal y social.

Son evidentes las profundas contradicciones entre ambos sectores de regulación, el específico (discapacidad) y el común (laboral). Pero el panorama normativo aún se complica más. Los desajustes y fallos de coordinación se multiplican. ¿Por qué?

Porque en el tratamiento de las «personas con discapacidad sobrevenida» tienen una especial incidencia otros dos cuerpos normativos, entre los que también existe más de un aspecto de descoordinación, entre ellos, y en relación con los dos anteriores. En este caso, de un lado, en primer término, nos referimos al ordenamiento jurídico de la Seguridad Social, que es el que delimita las situaciones de «incapacidad permanente» de la persona trabajadora (según el procedimiento del art. 194 Ley general de la Seguridad Social) para la realización de su trabajo (el habitual o cualquier otro) a fin de proporcionarle una protección social de equivalencia a la renta del trabajo perdida. Pero este sistema regulador pone el acento en la garantía de las rentas de sustitución, un enfoque de protección social «pasiva», pues. Pero ni existe una adecuada coordinación entre los conceptos de «incapacidad para trabajar» (esto es, para el ejercicio de la profesión) y el propio de «ineptitud sobrevenida (es decir, para ejercer un puesto de trabajo concreto), generando situaciones de desprotección social, ni cabe, de otro lado, mantener la imagen, muy difundida todavía, que identifica «discapacidad» psicofísica (para facetas de la vida funcional) con «incapacidad para trabajar» (aunque legalmente la incapacidad permanente se asimile a la discapacidad –art. 4.1 y 2 LGDPDIS–, sin que, en cambio, la discapacidad pueda asimilarse, sin más, a incapacidad laboral) (Monereo y López, 2017). En todo caso, también las personas que tienen reconocida incapacidad permanente –en cualquiera de sus grados– tienen derecho a desarrollar las capacidades laborales que, lógicamente más residuales, según los grados de incapacidad reconocidos, les queden.

De otro, en segundo lugar, debe tenerse en cuenta que también incide en este ámbito el sistema jurídico de prevención de riesgos laborales. En este sentido, debe tenerse en cuenta el juego eficaz tanto del principio general de acción preventiva consistente en el deber empresarial de una gestión ergonómica frente a los riesgos, a fin de adaptar el puesto de trabajo a las condiciones de la persona (también con discapacidad, sea esta adquirida originariamente o sobrevenida), formulado en el artículo 15 de la Ley de prevención de riesgos laborales (LPRL), cuanto del más concreto deber legal a cargo del empleador de adaptación del puesto de trabajo a personas vulnerables, como son las «personas especialmente sensibles», conforme al artículo 25 de la LPRL. Por lo tanto, en el caso de una discapacidad sobrevenida, la primera medida no debería ser el despido, por la pérdida de utilidad económica derivada de una eventual reducción de «capacidad de trabajo» (limitaciones o restricciones) a consecuencia de aquella «discapacidad», sino la adaptación en aras de conciliar trabajo y salud. En otro caso, el despido objetivo sería antijurídico (improcedente, o incluso nulo).

En definitiva, observamos cómo nuestra realidad económico-social y jurídica presentaría una suerte de infortunada «doble fractura» a la hora del tratamiento de las personas con discapacidad sobrevenida. Por un lado, mientras que el mercado de trabajo no para

de arrojar algunas luces positivas a la promoción de la actividad y la contratación de las personas con discapacidad en general (adquirida originariamente), respecto de las personas con discapacidad sobrevenida asistimos a una realidad opuesta, una constante pérdida de estabilidad o seguridad en el empleo, hasta el punto de que prácticamente la gran mayoría se verían abocadas a dejar su empleo. Por otro, el sistema jurídico, si bien está llamado a evitar esta desprotección y vulnerabilidad, conteniendo normas dirigidas a obstaculizar o neutralizar ese plus de riesgo de exclusión-vulnerabilidad sociolaboral, también contiene otras que permiten o autorizan que se consolide en la práctica gestora de las empresas esta profunda anomalía jurídico-social en el tratamiento de las personas con discapacidad sobrevenida.

3. Breve aproximación conceptual, normativa y jurisprudencial a la discapacidad sobrevenida

Conviene introducir algunas anotaciones, siquiera de forma breve, conceptuales y normativas, a fin de delimitar con claridad este estado (de persona con discapacidad sobrevenida), así como su –debido normativamente– trato jurídico.

La complejidad y heterogeneidad normativa en la materia, así como la variedad de situaciones, estados o condiciones próximas, pero distintas (discapacidad sobrevenida, incapacidad, ineptitud sobrevenida, especialmente sensible, enfermedad asimilada a la discapacidad), nos aconsejan una mínima precisión al respecto. Con ello se facilitará a todos los operadores jurídicos y sociales –especialmente, a quienes han de negociar los convenios colectivos– una mejor comprensión del problema, clave para poder perfilar adecuadamente las mejores soluciones desde su ámbito de intervención, que es el aquí analizado.

Al respecto, es importante advertir que, si el concepto de «discapacidad» sí está hoy bien acotado legalmente (art. 4 LGDPDIS), no sucede lo mismo con el de «discapacidad sobrevenida». No hay ninguna norma jurídica –ni nacional ni internacional– que defina esta situación. Evidentemente, el carácter sobrevenido no altera la condición de discapacidad, pero sí le añade singularidad o especificidad, una especial vulnerabilidad.

De manera genérica, suele entenderse por «discapacidad sobrevenida» (Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2015) la que surge a partir de los 6 años, a causa de cualquier situación, externa o/e interna, no congénita. En España, se calcula que más de un millón y medio de personas tienen una discapacidad de ese tipo. Además, tiene tres claros sesgos sociodemográficos.

Primero, hay una desigual prevalencia por territorios, estando Murcia a la cabeza, seguida de Galicia, Extremadura, Comunidad Valenciana y Andalucía, por este orden, superando todas ellas el 4 % del total estatal.

Tabla 3. Territorialización de la discapacidad sobrevenida en España

Andalucía	4,1%
Aragón	3,4%
Principado de Asturias	3,5%
Islas Baleares	2,5%
Canarias	3,3%
Cantabria	2,8%
Castilla y León	3,7%
Castilla-La Mancha	3,5%
Cataluña	2,7%
Comunidad Valenciana	4,1%
Extremadura	4,2%
Galicia	4,4%
Comunidad de Madrid	2,6%
Región de Murcia	4,6%
Comunidad Foral de Navarra	2,3%
País Vasco	3,1%
La Rioja	2,5%
Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla	4,7%
Personas con discapacidad sobrevenida en España	1.580.830

Fuente: Observatorio Estatal de la Discapacidad (2015).

Segundo, más de tres cuartas partes del total de la población con discapacidad sobrevenida se concentran en grupos de edad superior a 48 años (80,4 %).

Tabla 4. Porcentaje de personas con discapacidad sobrevenida por grupos de edad

	16-30 años	31-47 años	48-65 años	66 o más años
Porcentaje sobre el total	2,4%	17,2%	43%	37,4%

Fuente: Observatorio Estatal de la Discapacidad (2015).

Tercero, tiene un manifiesto sesgo de género, como se dijo. En la medida en que prevalece más en las mujeres que en los hombres, con un importante diferencial, superior en algunos tramos de edad –los de mayor edad– en 8 puntos.

Tabla 5. Personas con discapacidad sobrevenida diferenciadas por sexo

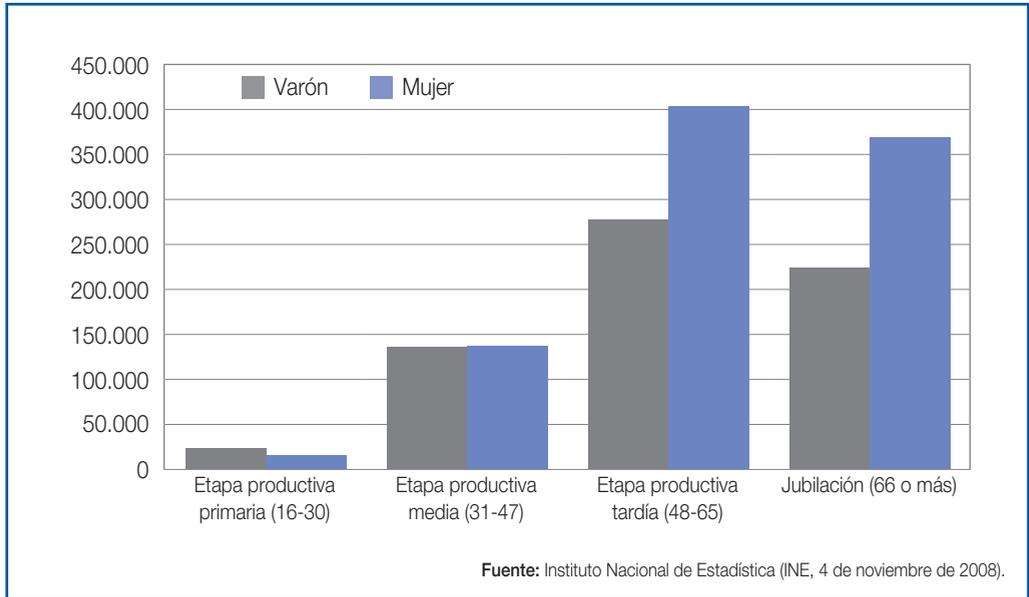
	16-30 años	31-47 años	48-65 años	66 o más años
Mujeres	1%	8,6%	25,5%	23,3%
Hombres	1,4%	8,6%	17,5%	14,1%

Fuente: Observatorio Estatal de la Discapacidad (2015).

Como es lógico, en este punto nos interesan las situaciones de discapacidad sobrevenida que se producen en edad adulta, más concretamente en edad productiva. Los informes disponibles de datos estadísticos evidencian que, si en las primeras franjas de edad hay una práctica equiparación de situaciones por razón de sexo, con la edad se van acrecentando las diferencias de sexo-género (gráfico 3), lo que generará problemas adicionales tanto para el tratamiento jurídico, como para las políticas de corrección –sean públicas o ligadas a previsiones convencionales– de los déficits de tratamiento de estas situaciones frente al plus de riesgo de exclusión de los mercados de trabajo.

Por tipología de discapacidad, casi un millón (dos terceras partes) de las personas con discapacidad sobrevenida en edad laboral son por discapacidad física, por lo que el otro tercio se integra con alteraciones y limitaciones de carácter psíquico. Ahora bien, aunque pudiera parecer lo más sencillo, dada la delimitación, legal, la clave está en fijar qué entendemos por «discapacidad». ¿«Discapacidad» e «incapacidad» son lo mismo? ¿Enfermedad sobrevenida y discapacidad sobrevenida son lo mismo o análogo? ¿Discapacidad sobrevenida e ineptitud sobrevenida son la misma situación o semejante a efectos jurídico-laborales? ¿Las personas especialmente sensibles pueden ser equiparadas a personas con discapacidad sobrevenida?

Gráfico 3. Situaciones de discapacidad sobrevenida diferenciadas por edad y sexo



Conocido es que el notable incremento de las llamadas «enfermedades crónicas» (cardiovasculares, diabetes, mentales, cáncer), así como de «enfermedades graves», está en la base del paralelo aumento de las discapacidades sobrevenidas en las franjas de edad laboral o «productiva». La discapacidad sobrevenida se produce bien por el padecimiento de una enfermedad (en la mayoría de los casos) o por un accidente, sea laboral (en cuyo caso existe una protección reforzada, en especial, respecto a las medidas de readaptación profesional) o común (con una protección más debilitada). Aunque en este contexto de crecimiento de enfermedades graves y/o crónicas no es fácil distinguir el concepto de discapacidad sobrevenida de enfermedad sobrevenida crónica, sí que es necesaria su distinción en el actual estadio de regulación, nacional y europea. No es igual su tratamiento jurídico: mientras toda decisión perjudicial asentada en el factor discapacidad tenderá a calificarse de nula, dado que constituye una discriminación prohibida (art. 35 LGDPDIS), no sucederá lo mismo en relación con la enfermedad, por más incoherente o incluso injusto que pueda resultar.

¿Cuándo cabe entender que una enfermedad sobrevenida debe equipararse a una discapacidad sobrevenida? En principio, una enfermedad sobrevenida podrá ser asimilable a una discapacidad sobrevenida cuando produzca las limitaciones de una discapacidad. Conforme al artículo 4.1 de la LGDPDIS en relación con su artículo 2 a), serán personas con discapacidad todas aquellas que sufran una enfermedad en virtud de la cual se deriven «deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales» que, «previsiblemente permanentes», puedan impedir u obstaculizar, en su interacción con variadas barreras (físicas,

sociales, laborales, económicas, etc.), «su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». En tales casos, las enfermedades sobrevenidas asimilables a la discapacidad tendrán la misma tutela que esta, exigiendo del empleador el deber de adaptación razonable de su puesto de trabajo para que pueda continuar con su prestación de servicios en igualdad, según la doctrina del TJUE (SSTJUE de 11 de julio de 2006, C-13/05, caso Chacón Navas; 11 de abril de 2013, C-335/11 y C-337/11, caso HK Danmark «Ring y Werge»; 1 de diciembre de 2016, C-395/15, caso Daouidi; 18 de enero de 2018, C-270/16, caso Ruiz Conejero, etc.), asumido por la doctrina jurisprudencial española (Sentencia del Tribunal Supremo 194/2018, de 22 de febrero). El despido, por lo tanto, de una persona trabajadora basado en esta enfermedad sobrevenida en su etapa laboral asimilada a la discapacidad, cualquiera que sea la razón (ineptitud, absentismo, falta de rendimiento, etc.), sería nulo.

Pero ello no siempre es fácil de distinguir, y mucho menos que encuentre el grado óptimo de protección y tutela que sería dable esperar. De ahí, entendemos, la oportunidad y necesidad de que se articule una tutela más amplia en sede de la autonomía colectiva, en tanto que a través de la misma se puedan acotar las diferentes situaciones que puedan llevar a la misma, así como establecer las medidas que eviten la exclusión social, laboral y personal de este colectivo de personas trabajadoras.

Para ejemplo de cuanto decimos, un botón de muestra: en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STSJ) de Andalucía/Sevilla 1664/2019, de 26 de junio, se resuelve el caso de una trabajadora que inicia su relación como ayudante de cocina. Después, novará su trabajo y servirá en funciones de limpieza. 10 años después se le diagnostica por el Servicio Andaluz de Salud alergia (en grado alto) al anisakis, sin que conste conocimiento de la empresa. 5 años después, tras un reconocimiento médico instado por la empresa para la valoración de su capacidad como auxiliar de cocina, para sustituir a una compañera en tal puesto por sus limitaciones para tal puesto, se constata que, dada su alergia, no puede manipular pescado, siendo declarada «apta con limitaciones». Casi 1 año después, pasa a realizar tareas de ayudante de cocina, pues en su labor no se manipulará pescado natural, que es el que puede contagiar, si bien se le da un equipo de protección individual adecuado (gafas, guantes, etc.) para el pescado congelado. Meses después, tras un brote alérgico, es valorada por el facultativo del servicio de prevención ajeno, reafirmando que es apta con limitaciones por la imposibilidad de manipular pescado, en ninguna forma, por lo que se solicita que se le otorgue un cambio de puesto a primeros de año. La trabajadora vuelve a tener otro brote alérgico, reconociéndosele baja por trastorno depresivo. Estando de baja, recibirá un nuevo informe del servicio de prevención, a instancia de la empresa, en el que se la declarará no apta para el puesto de trabajo.

En abril de ese año, reincorporada de la baja, la empresa le da unos días de descanso, pues, ante la inexistencia de vacantes en las que pueda reubicarla, quiere valorar la situación. Durante este tiempo, la empresa valora la posibilidad de que una compañera que ocupa un puesto de trabajo de limpiadora pase a desarrollar funciones de auxiliar de cocina

(no obstante, es calificada por el servicio de prevención como apta con limitaciones –pues tiene una capacidad limitada para levantar peso–). Finalmente, a finales de abril, se notifica a la trabajadora su despido por ineptitud, indicándose en la carta las dificultades para reubicarla en un nuevo puesto, ante la imposibilidad de reubicar a ninguna de las dos trabajadoras en las tareas de limpieza –tampoco aptas–.

El despido será avalado por la Sentencia del Juzgado de lo Social número 4 de Córdoba de 12 de enero de 2018 (núm. 767/17). Y esta sentencia será confirmada por la aquí señalada STSJ de Andalucía/Sevilla 1664/2019.

¿Realmente es una ineptitud sobrevenida o estaríamos ante el citado concepto de enfermedad sobrevenida asimilable o equiparable a una discapacidad y, por lo tanto, el despido será nulo por discriminatorio, salvo que la empresa pruebe que ha hecho los ajustes razonables y no ha podido conservar el empleo por resultarle muy gravoso ex artículo 5 de la directiva y 40 de la LGDPDIS?

No pretendemos entrar aquí en profundidades técnico-jurídicas sobre estos temas aun conscientes de su importancia hoy, y más a raíz de la confirmación que se produjo por parte del TC (STC de 16 de octubre de 2019) de la legitimidad del despido por absentismo laboral, aun por bajas justificadas, al estar basadas en enfermedades (cuya gravedad es difícil de precisar *a priori*, pues se trata de un dato especialmente protegido –art. 9 Reglamento general de protección de datos– y, por lo tanto, ajeno al conocimiento del empleador de forma previa a la demanda), y por más que acertadamente el legislador haya derogado este supuesto de despido por causas objetivas. Pero nos parece útil traerlo a colación porque, no siendo en absoluto infrecuente, evidencia que es necesaria una protección más intensa, legislativa y convencional, para evitar este tipo de situaciones.

Precisamente, otros casos recientes, como el que conoce la STJUE de 11 de septiembre de 2019 (C-397/18), Nobel Plastiques, hacen que estos problemas estén de forma continua sometidos a conflicto y, por tanto, a intenso debate. En este caso se pone en cuestión si una enfermedad como la epicondilitis, que ha provocado en la trabajadora –nótese que, al igual que en el caso anterior, se trata de una mujer– varias bajas, hasta ser calificada como «trabajadora especialmente sensible a determinados riesgos» (ex art. 25 LPRL) y «apta con limitaciones» (por lo que en el tramo último de la relación contractual fue adscrita a un nuevo puesto adaptado), puede calificarse como enfermedad equiparada a la discapacidad sobrevenida y, en consecuencia, declararse el despido nulo. La empresa procedió a despedir a esta trabajadora por causas organizativas y económicas, alegando que la trabajadora ya no resultaba de utilidad económica suficiente, puesto que tenía una polivalencia reducida –menor que la de otros compañeros– y un alto absentismo laboral.

Aunque el TJUE no da una respuesta clara al juez social español que planteó la cuestión, sí deja en evidencia dos cosas de gran interés para nuestro estudio. Primero, las personas especialmente sensibles a determinados riesgos laborales pueden asimilarse a personas con

discapacidad sobrevenida, por lo que tendrían una protección reforzada. Segundo, seleccionar a trabajadoras para el despido económico en tales casos vulnerará la prohibición de discriminación, a menos que la empresa pruebe de forma fehaciente que ha adoptado todas las medidas razonablemente exigibles para adaptar el puesto de trabajo y no le ha resultado posible salvo cargas excesivas.

En esta línea argumental, es de resaltar que el juzgador nacional español que conoció del caso que dio lugar a tal resolución judicial comunitaria dictó una sentencia (de 4 de noviembre de 2019, del Juzgado de lo Social núm. 3 de Barcelona –4890/2019–) que vino a declarar que la empresa había actuado de forma discriminatoria por razón de discapacidad, decretando la nulidad de la decisión empresarial, la readmisión de la persona trabajadora y la fijación de una indemnización de 25.000 euros.

En definitiva, el actual ordenamiento jurídico nacional, con el notable refuerzo del comunitario, contempla de forma muy expansiva las situaciones de discapacidad sobrevenida y le da una tutela reforzada. Pero las empresas siguen de espaldas a la misma, utilizando intensamente las medidas de despido estatutarias.

Por supuesto, conviene advertir que «discapacidad sobrevenida» y cese-despido no son instituciones necesariamente antitéticas, incompatibles, pues cabe el recurso a las diversas formas de extinción en tales casos, pero siempre que la empresa acredite de forma fehaciente la razonabilidad de sus esfuerzos para la adaptación y la imposibilidad de lograrlo salvo costes desproporcionados, excesivos. Solo en estos casos podría darse el despido como última ratio o última medida a adoptar ante la imposibilidad, o lo muy gravoso de la modificación o de la adopción de cualquier otra medida de flexibilidad interna. Cierto, a estos efectos, cabría dar importancia al informe del servicio propio o ajeno de prevención. Ahora bien, como prueba la experiencia –y los casos reseñados más arriba lo corroboran–, este tipo de informes encuentran muchas fisuras que hacen muy dudoso su papel de garantía con la suficiente seguridad jurídica y protección de la confianza del trabajador.

En definitiva, si bien en un plano normativo estricto o ideal existe una tutela bien fuerte de las personas con discapacidad sobrevenida frente a los ceses y despidos, tanto en virtud de las garantías de adaptación ex artículo 25 de la LPRL (para todas las personas que se califiquen como especialmente sensibles a determinados riesgos laborales, concreción a su vez del art. 15.1 d) LPRL, que configura la adaptación del trabajo a la persona como un principio general de la acción preventiva), cuanto del artículo 40 de la LGDPDIS, lo cierto es que, en la práctica, estas garantías de conservación del empleo están sometidas a una fuerte presión empresarial. Por lo tanto, se necesitan garantías más operativas, más eficaces, en tanto haya una reforma legislativa que introduzca mayor coherencia entre todas las piezas del gran puzzle normativo. Y es aquí donde reemerge el papel estelar –si bien no fácil, por ser bilateral y no compartir los empresarios este imperativo de mayor tutela real– de la negociación colectiva.

4. Empleo de las personas con discapacidad sobrevenida y el principio de igualdad efectiva: la negociación colectiva como clave para reducir las deficiencias en su efectiva consecución

Cierto, ante tan complejo y heterogéneo, también descoordinado, panorama normativo, queda claro que el primer sujeto político-institucional llamado a solucionar el problema es el legislador nacional. Este debe introducir reformas legales que mejoren tanto la protección sustantiva como la coherencia del sistema en lo que atañe al tratamiento de las personas con discapacidad, en general, y sobrevenida, en particular.

Después, también los poderes públicos autonómicos, siempre en el marco general estatal⁴, tienen su papel protagonista al respecto, a través de la creación de sistemas eficaces de incentivo de medidas de sostenimiento en el empleo de tales personas, facilitando la adaptación del puesto de trabajo, la movilidad funcional o la recalificación profesional (garantía de empleabilidad y estabilidad en el empleo) de las personas con discapacidad –sobrevenida–. Sabido es que el artículo 27 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y el artículo 37 de la LGDPDIS recogen el mandato para todas las Administraciones públicas de promover los apoyos necesarios para el mantenimiento del empleo y retorno al mismo. Su debilidad y su carácter eminentemente programático es objeto de continuas críticas por el sector de las personas con discapacidad, así como por los sindicatos más representativos.

Recientemente, el propio Defensor del Pueblo así lo ha venido a reconocer en la respuesta a una queja presentada por el CERMI (Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad), en la que solicitaba que se instara al Gobierno a ampliar los supuestos que se excepcionan de la aplicación de las exclusiones de las bonificaciones previstas, a fin de favorecer la continuidad/reincorporación de las personas con discapacidad sobrevenida. En su Resolución de 9 de mayo de 2018, queja 15012829, el Defensor del Pueblo recomendará⁵ (de momento como mera prédica en el desierto) estudiar la viabilidad de ampliar los supuestos que se excepcionan de la aplicación de las exclusiones de bonificaciones, previstas en el artículo 6.1 c) y d) de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para las personas con cualquier discapacidad sobrevenida durante una relación laboral de carácter indefinido.

⁴ Lamentablemente todavía está vigente el viejo y muy insuficiente –además de obsoleto– Real Decreto 1451/1983, de 11 de mayo, que contiene medidas relativas a la ordenación del «derecho» de las personas trabajadoras al mantenimiento del puesto de trabajo en caso de discapacidad sobrevenida.

⁵ <<https://www.defensordelpueblo.es/resoluciones/bonificaciones-contrataciones-personas-con-discapacidad/>>.

En particular, propone estas actuaciones cuando el contrato se extinga:

- a) Por causas objetivas derivadas de ineptitud sobrevenida o absentismo.
- b) Por la declaración de invalidez permanente, posteriormente revisada por una mejoría que no alcanza la plenitud laboral (o cuando no se logre tal declaración, por causa ajena a la valoración de su lesión).
- c) Por no reincorporarse a su puesto, tras el agotamiento del plazo máximo de incapacidad temporal, a causa de la discapacidad sobrevenida.

Finalmente, y con carácter general, también propone incentivos (a través de la vía referida) para la contratación de las personas con cualquier discapacidad cuando la movilidad posibilite obtener mejores condiciones laborales.

Ahora bien, en tanto no se logra una mayor implicación legislativa y de políticas públicas activas en garantía de la empleabilidad y la estabilidad de las personas con discapacidad sobrevenida, e incluso avanzándose en esa dirección, queda claro que los sujetos socio-laborales, los interlocutores sociales (sindicatos más representativos y las organizaciones empresariales), a través del diálogo social y de la negociación colectiva, tienen reservado un espacio de intervención a favor de hacer realidad este derecho a la seguridad (económica y ocupacional) en el empleo (UGT, 2019). Es aquí donde encuentra un especial ámbito de acción la negociación colectiva, de forma que se convierta ella en un instrumento eficaz para, al menos:

1. De un lado, hacer efectivas las dimensiones referidas de lo que se ha de entender como «trabajo digno» de las personas con discapacidad sobrevenida –promoción profesional, formación, estabilidad...–.
2. De otro, corregir las previsiones legales establecidas en el ET para este tipo de situaciones que, como se ha destacado, facilitan los canales de extinción de la relación laboral a través de los expedientes ligados a situaciones de «incapacidad permanente», «ineptitud laboral» o incluso bajas por enfermedad que resulten onerosas para el trabajador (arts. 49.1 e) y 52 a), c) y d) ET).
3. Finalmente, introducir también aquí la perspectiva de género y de edad, dada la citada prevalencia de la discapacidad sobrevenida en las mujeres en edad laboral, y personas de edad madura, situaciones ellas que se conforman como las más incisivas en los riesgos de exclusión social y laboral.

En el primer ámbito referido de oportunidad, y necesidad, de una intervención más comprometida y eficaz de la regulación convencional, conviene desarrollar en las unidades de negociación, y, por lo tanto, en las personas negociadoras –de un lado y otro de las Mesas y Comisiones de Negociación, la conciencia de la relativa especificidad de la problemática

de las personas con discapacidad sobrevenida, aun dentro del problema más global de las garantías de empleabilidad y estabilidad en igualdad del conjunto de las personas con discapacidad. Justamente, desde hace algo más de media década, son crecientes los convenios colectivos que se comprometen con una política de protección y promoción de la igualdad de trato real, o al menos más efectiva que la que se deriva del mero enunciado legal, de las personas trabajadoras con discapacidad en general (Almendros, 2018, p. 441; Kahale, 2016, p. 525; Ruiz, 2018, p. 501). Desde esta perspectiva, cada vez son más los convenios que incorporan una muy significativa dimensión jurídico-colectiva al compromiso social asumido por las empresas en aras de una gestión de la diversidad de capacidades en sus plantillas más acorde con el principio de la integración en igualdad, aun conscientes de esa diferencia, que debe respetarse y protegerse, incluso como factor de riqueza y productividad para la empresa, de todas las personas y colectivos⁶.

No se duda de la participación de las personas con discapacidad sobrevenida en edad laboral en un buen número de problemas claramente comunes con las personas con discapacidad en general, por lo que pueden y deben participar de sus medidas. Pero no es tampoco dudoso que presenten aspectos de especificidad que exigen un tratamiento acorde con esa singularidad, por lo que su integración y lucha contra el plus de riesgo de exclusión sociolaboral que padecen requiere de acciones propias. La inclusión de un sistema de cláusulas que garantice o la continuidad en el empleo o la adecuación de destinos profesionales a las concretas circunstancias se convierte para ellos, pues, en una prioridad. Y así se suele reconocer en los diversos estudios que sobre negociación colectiva y trato en igualdad de las personas con discapacidad se han venido realizando, donde se evidencia la difusión de cláusulas convencionales que apuestan por la movilidad funcional de las personas con discapacidad, aunque frecuentemente quede huérfano no solo su tratamiento específico, sino su análisis.

Al respecto, no son pocos los convenios colectivos que establecen reglas propias con el fin de mantener a estas personas en el trabajo y evitar su baja en la empresa a raíz de la discapacidad sobrevenida. Como muestra, solo un botón, pues su análisis detallado no es objeto de este estudio (para un estudio exhaustivo, *vid.* Almendros, 2018, p. 441; Kahale, 2016, p. 539; Ruiz, 2018, p. 501). En este sentido, el artículo 43.3 del III Convenio colectivo del Grupo Correos establece una regulación específica para facilitar el cambio de puestos «por disminución de capacidad de carácter definitivo», aunque tenga el claro límite de su ámbito subjetivo, dado que se acota en las personas que sean declaradas formalmente en incapacidad permanente total, dejando fuera otros tipos más amplios también de discapacidad sobrevenida. Así, prevé –para tales casos–:

⁶ Muy interesante, por ejemplo, el artículo 66 del VI Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski (Resolución de 14 de febrero de 2018, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el VI Convenio colectivo de supermercados del Grupo Eroski). Contempla también la protección de las minorías étnicas, junto, claro está, la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

Cuando por circunstancias sobrevenidas un trabajador/a fijo/a no posea manifiestamente las condiciones físicas mínimas suficientes, susceptibles de determinación objetiva y previsiblemente definitivas, de forma que disminuya notablemente o anule su capacidad para llevar a cabo las tareas fundamentales de su puesto de trabajo, podrá ser destinado/a a otro cuyas tareas básicas sean compatibles con su estado de salud.

Esta asignación operará a través del concurso de traslados, previa la adjudicación de una mayor puntuación a estos supuestos, de conformidad a lo que establezcan las bases de las convocatorias.

En todo caso, este proceso se realizará previo informe de los servicios médicos de la empresa y previa declaración de incapacidad permanente total para su profesión habitual por el sistema público de Seguridad Social. En el caso de que en los 30 días siguientes a aquella declaración no se le asigne un puesto mediante el procedimiento previsto en el presente artículo, se dará por extinguido su contrato de trabajo.

Por lo que hace a la segunda dimensión finalista dada en justificación de una política convencional dirigida a proteger la seguridad laboral (en todas sus facetas) de personas con discapacidad sobrevenida, es oportuno también poner de relieve la utilidad que tiene para ir más allá en el ámbito subjetivo y funcional de protección. Al respecto, la negociación colectiva tiene la oportunidad de proteger también las situaciones que crean enfermedades de larga duración, aun no siendo necesariamente una situación de discapacidad sobrevenida.

En efecto, es común en la negociación colectiva dar un tratamiento amplio a este tipo de situaciones, pero por lo general se agota en una dimensión monetaria, esto es, se trata de una protección social, a través de mejoras voluntarias de la Seguridad Social (los clásicos complementos de las prestaciones de Seguridad Social por incapacidad temporal para garantizar un cobro completo del salario en tales situaciones). Se trata, pues, de garantías de seguridad e indemnidad económica frente a los efectos de estados de salud más o menos duraderos y que en unos casos se condicionan (por ejemplo, art. 40 Convenio colectivo de CEMEX España), en otros no, a la lucha contra el absentismo. Ahora bien, como se ha evidenciado en otros estudios, es posible que puedan derivarse algunos efectos contraproducentes para esta protección real, pues en correspondencia con el hecho de que a menudo no va acompañada de ninguna medida con respecto a la estabilidad en el empleo en tales casos, los mayores costes que suponen estos complementos pueden ser un incentivo, no querido por los negociadores –claro está–, pero sobrevenido realmente, para optar por la extinción del contrato de trabajo si esas bajas por enfermedades tienen cierta continuidad, más o menos intermitente.

A ello se suma que estos complementos se pagan si los contratos están en vigor, como expresamente suele reseñarse en los convenios colectivos, por lo que crece el riesgo de devenir, inconscientemente, en incentivo a la extinción en vez de a decisiones de continuidad de la

relación laboral. Por eso, los convenios colectivos tienen un margen de mejora notable al respecto, de modo que pueda complementarse, de forma coherente, esa tutela en el ámbito de la seguridad económica de las personas trabajadoras con enfermedades que les sobrevienen durante el trabajo, con mayor o menor duración, con mayor o menor certeza sobre su duración, con la tutela en el espacio de la seguridad laboral (estabilidad en el trabajo). A tal fin, pueden negociar cláusulas que garanticen a la persona trabajadora que no sufrirá ningún trato peyorativo, ni directo ni indirecto, por su situación de enfermedad, dándole concreción a la cláusula constitucional del artículo 14.2 de la CE que no especifica como condición discriminatoria la enfermedad, aunque sí hable de situaciones o condiciones personales. Desde esta perspectiva, cabría atribuir a este tipo de cláusulas diversos contenidos, que van desde compromisos de los empresarios de no acudir en tales situaciones a las vías estatutarias de despido, salvo, lógicamente, que se derive hacia una situación de excesiva onerosidad de la continuidad en el puesto, hasta su nulidad por vulnerar una prohibición convencional, aunque, permítase esta reflexión, entendemos como, cuanto menos, dudosa la posibilidad legal del convenio de fijar la sanción de nulidad para estos convenios, en la medida en que esa sanción queda reservada al legislador, por tratarse de una cuestión de orden público o de normas imperativas que afectan de forma directa a derechos fundamentales, no cabe duda de que tendría una importante repercusión como vía de concienciación empresarial de la necesidad de acudir a fórmulas alternativas –de flexibilidad interna– en vez de acudir directamente a la flexibilidad externa –despido– (Velasco, 2016, p. 586).

En este ámbito de acción convencional podría –y a nuestro juicio debería– tener también encaje una cuestión a medio camino entre la prevención de riesgos laborales y la promoción de la salud en el trabajo y que tiene unas enormes repercusiones laborales, con frecuencia silenciadas: el tratamiento de las adicciones (con sustancia y sin sustancia), a menudo enfermedades crónicas que tienen una alta incidencia en la exclusión laboral y social de estas personas y colectivos.

Finalmente, parece clara la necesidad de que la negociación colectiva también tenga una intervención decidida en la reducción de esta otra «brecha de género», la que se produce en relación con la situación de las personas con discapacidad sobrevenida, dada la notabilísima mayor prevalencia de estas situaciones en las mujeres. Al respecto, más allá de abogar por introducir cláusulas específicas en favor de la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas con discapacidad en general, dado que tienen otro tipo de necesidades, específicas y diferenciadas, respecto de las personas trabajadoras sin discapacidad, y las típicas cláusulas de igualdad de trato general y en abstracto, no es esta una cuestión que suelen abordar los convenios colectivos, al menos hasta ahora. Por supuesto que algunas de las recomendaciones que se hacen con carácter general se pueden proyectar especialmente en esta dirección de promoción de la igualdad efectiva de género entre personas con discapacidad, congénita o sobrevenida, como la que aboga por la implantación del teletrabajo en la empresa. Pero es evidente que no es suficiente.

En efecto, las mujeres con discapacidad sobrevenida acumularían también aquí una triple discriminación, o al menos un triple plus de riesgo de sufrirla: por ser mujer, por ser persona con discapacidad, por sufrir una discapacidad sobrevenida. También la realidad está plagada de experiencias que ponen de manifiesto esta necesidad de un trato específico, algunas de ellas también judicializadas. Piénsese, por ejemplo, en los graves problemas que se derivan para las mujeres que, a partir de cierta edad, sufren patologías típicas de su condición biológica: cánceres de útero, de mama, etc. Si bien será, en algunos casos, posible identificar los problemas derivados de tales patologías a las enfermedades equivalentes o asimilables a la discapacidad, con el refuerzo de tutela que ello tiene (por ejemplo, STSJ de Cantabria 45/2019, de 18 de enero). No siempre será así. De ahí la importancia del convenio.

En definitiva, no cabe duda de la necesidad de acciones concretas desde diferentes vertientes –legislativa, negociación colectiva, políticas públicas, etc.–, que corrijan el desfase existente entre lo que aspira a proteger la norma jurídica (la igualdad efectiva de trato de las personas con discapacidad) y lo que, en la práctica, termina protegiendo (la expulsión de la empresa de toda persona trabajadora que, a raíz de sobrevenirle una situación de alteración de su estado de salud y capacidades con previsible larga duración, se convierte en un riesgo para la preservación de la productividad empresarial). No desconocemos lo ardua y difícil de esta labor, pero el objetivo a alcanzar merece poner a actuar cuantas medidas de acción sean posibles para corregir la doble condición de discriminación –en el acceso y en la permanencia– en el mercado de trabajo de las personas trabajadoras con discapacidad –inicial y sobrevenida–.

Referencias bibliográficas

- Almendros González, M. A. (2018). Cláusulas de empleo para personas con discapacidad en la negociación colectiva. En C. Sáez Lara (Coord.), *La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía* (pp. 441-473). Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- INE. (4 de noviembre de 2008). Encuesta de Discapacidad, autonomía personal y situaciones de dependencia 2008. Personas con discapacidad sobrevenida según grupos de edad y género. Recuperado de <<https://www.ine.es/prensa/np524.pdf>>.
- Kahale Carrillo, D. T. (2016). La discapacidad en los convenios colectivos. En C. Sánchez Trigueros (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Estudios de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (pp. 525-566). Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.
- Miñarro Yanini, M. (2018). *La dimensión social del derecho de asilo: el estatuto de garantías de integración sociolaboral de los «refugiados»*. Albacete: Bomarzo.
- Monereo Pérez, J. L. y López Insua, B. M. (2017). *El despido objetivo por ineptitud e incapacidades laborales*. Albacete: Bomarzo.

- Moreno Gené, J. y Fernández Villazón, L. A. (Dir.). (2017). *Crisis de empleo, integración y vulnerabilidad social*. Pamplona: Thomson Reuters Aranzadi.
- Observatorio Estatal de la Discapacidad (Hueté García, A. [Dir.]). (2015). La reorientación vital y profesional de las personas a las que ha sobrevenido una discapacidad en edad adulta. Recuperado de <<https://observatoriodeladiscapacidad.info/attachments/article/70/Informe%20Discapacidad%20Sobrevenida.pdf>>
- Ruiz Santamaría, J. L. (2018). Medidas adoptadas en la negociación colectiva para el mantenimiento del empleo del trabajador con discapacidad sobrevenida. En C. Sáez Lara (Coord.), *La negociación colectiva tras las reformas legales: especial referencia a Andalucía* (pp. 501-524). Sevilla: Consejo Andaluz de Relaciones Laborales.
- SEPE. Observatorio de las Ocupaciones. (2019). Informe del mercado de trabajo de las personas con discapacidad. Estatal.
- Datos 2018. Recuperado de <http://www.sepe.es/contenidos/observatorio/mercado_trabajo/3206-1.pdf>.
- UGT. (2018). Discapacidad sobrevenida. Análisis y necesidades. Recuperado de <http://ugt-andalucia.com/c/document_library/get_file?uuid=237c0c11-0c31-482a-96d6-5b7bc80e6022&groupId=10157>.
- UGT. (2019). Los convenios deben proteger de forma especial a quienes adquieren una discapacidad sobrevenida. Recuperado de <<http://www.ugt.es/los-convenios-deben-proteger-de-forma-especial-quienes-adquieren-una-discapacidad-sobrevenida>>.
- Velasco Portero, M.^aT. (2016). La discriminación por enfermedad o incapacidad temporal en los convenios colectivos. En C. Sánchez Triqueros (Dir.), *El principio de igualdad en la negociación colectiva*. Estudios de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (pp. 567-587). Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social.



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons BY-NC-ND 4.0